

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/28347

Karar No. 2011/1133

Tarihi: 28.01.2011

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İşK/41,51

- **YÜZDE USULÜ ÜCRET**
- **YÜZDE USLÜ ÜCRETLE ÇALIŞMADA FAZLA ÇALIŞMANIN HESAPLANMASI**
-
-

ÖZETİ Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarında belirli bir yüzde olarak eklenen paraların işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puantajlarına eklenir (Yönetmelik m. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark işverence ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutan ödenmiş olmaktadır.

Yapılan bu açıklamalara göre yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır

DAVA
istemiştir.

Davacı, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi A.Günindi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, komi-garson olarak çalışıp, işe girdiği tarihten itibaren haftada 6 gün, işe başladığı ilk 2-3 yılda saat 24.00'ten 13:00'e kadar, sonraki yıllarda saat 12:00'den 24:00'e kadar 12-13 saat

çalıştırıldığını, haftada 72-78 saat çalışıp yapılan fazla çalışmaların ücretlerinin ödenmediğini bildirerek fazla çalışma ücreti alacağından davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı, otel işyerinde sadece sabah-akşam servis yapılıp öğlen saatlerinde garsonların çalışmadığını, garsonların iki grup halinde dönüşümlü ve antraklı olarak çalıştığını, davacının fazla çalışması olmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, 20.05.2008 ıslah tarihi itibarıyla 20.05.2003 tarihinden önceki fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanaşımına uğradığı, 20.05.2003-20.05.2008 tarihleri arasındaki dönem için davacının talep edebileceği fazla çalışma ücreti alacağı 10.932,39 TL olup, bu süre içerisinde işçinin kişisel ihtiyaçlarına da zaman ayırıp tamamını fiilen çalışarak geçirmeyeceğinden taktiren 1/3 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Fazla çalışma ücretlerinin hesabı yönünden taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur.

Fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıyla ödenir (İş K. m.41/2). işçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, bu halde sadece kalan yüzde elli zamlı kısmı ödenir.

Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı, nispi emredici bir nitelik taşır. Tarafların bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, sözleşmelerle daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır.

Fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanır. Son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 16.2.2006 gün 2006/20318 E, 2006/3820 K.). Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönem içinde işçi ücretlerinin miktarı da belirlenmelidir, işçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenmemesi halinde bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak bilinmeyen ücretin buna göre tespiti de Dairemiz tarafından kabul görmektedir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi durumlarda, bilinen son ücretin asgari ücrete oranının geçmiş dönemler yönünden dikkate alınmasının doğru olması doğru olmaz. Bu gibi hallerde ilgili meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler ücretleri sorulmalı ve dosyadaki diğer deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

İşçinin normal çalışma ücretinin sözleşmelerle haftalık 45 saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak 45 saate kadar olan çalışmaları, fazla sürelerle çalışma olarak adlandırılır (İş K. 41/3.). Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde normal çalışma saat ücreti yüzde yirmibeş yükseltilebilir.

4857 sayılı İş Kanunu işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı 1 saat 30 dakika, fazla süreli çalışmada ise 1 saat 15 dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle artırılması mümkündür.

Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutan bulunur. Bu şekilde bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücretidir, işçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarında belirli bir yüzde olarak eklenen paraların işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraların işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puantajlarına eklenir (Yönetmelik m. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde çalışmanın

zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark işverence ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutan ödenmiş olmaktadır.

Yapılan bu açıklamalara göre yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktann yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay, 9. HD 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K Yargıtay 9 HD 28.4.2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K. ve Yargıtay 9. HD 9 12 2004 gün 2004/11620 E, 2004/27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma üzerinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Ancak fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir.

Somut olayda; hükme esas alınan bilirkişi raporunda hatalar bulunmaktadır. Şöyle ki özellikle davacının ne miktarda ücret aldığı açıklanmadan hesaplama yapılmış ve hesaplamada da toplama hatası yapılmıştır. Ayrıca ve cn önemlisi günlük 12 saat çalışma yapıldığının kabulüne göre günlük ara dinlenme süresi Dairemizin yerleşik uygulaması da gözetilerek 1,5 saat yerine 1 saat olarak günlük çalışma süresinden düşülerek haftalık çalışma saati toplamında yanlış sonuca ulaşılmıştır. Mahkemece yapılması gereken, bilirkişiden yukarıdaki ilkeleri gözeterek ek rapor alınarak sonuca gitmektir.

3- Öte yandan kabule göre de yargılama giderlerinin o dava içinde istek olmasa bile, mahkemece kendiliğinden çözümlenmesi gerekir. Yargılama giderleri ayrı bir dava konusu yapılamaz. Yargılama ve hüküm, ancak davanın tarafları hakkında verilebilir. Yargılama giderleri de hükmün sonuçlarına göre yanların sorumlulukları ile ilgili bulunduğundan, hüküm ile birlikte karara bağlanması gerekir (29.5.1957 tarih ve 4/16 sayılı IBK.). Bu bağlamda, yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir ve vekalet ücreti de yargılama giderlerindedir (HUMK m. 417/1, m. 423/b.6).

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 423. maddesinin 6. bendinde açıkça belirtildiği gibi, vekalet ücreti bir yargılama gideridir. Bu nedenle, 29/5/1997 gün, 4/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yazılı olduğu şekilde, yargılama giderlerinden olan avukatlık parası, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden hükme bağlanır. Davada haklı çıkan taraf kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise, vekalet ücreti diğer yargılama giderleri gibi haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilir (HUMK m. 416, 417).

Yargılama harç ve giderleri, HUMK 417. maddesi uyarınca kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Bu durumda yapan taraf haklı ise yaptığı gider karşı tarafa yükletilmeli, haksız ise yapılan yargılama gideri üzerinde bırakılmalıdır.

Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa mahkeme her birini masrafla ilzam veya bu masrafları aralarında taksim etmelidir. Yargılama giderlerinin kabul/ret oranına göre paylaşılması gerekir.

Yargılama giderlerinden sayılan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423, Avukatlık Kanununun 169 ve Avukatlık Ücret Tarifesinin 1. maddelerinde düzenlenen, ancak müstakil bir varlığı olmayan ve ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı sıkıya bağlı bulunan avukatlık ücretinin; haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Zira, haksız davranışta bulunan bir kimsenin, bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hukukun genel kurallarındandır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yükletilmesince ilişkin 417. maddesi bu ilkeye dayanmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388. ve 389. maddeleri uyarınca hükmün, taraflara yönelik olarak kurulması gerekir. Kural olarak, davada haklı çıkan taraf kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise, vekalet ücreti diğer yargılama giderleri gibi haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilir (HUMK M 416, 417).

Somut olayda, fazla çalışma ücretinden yapılan taktiri indirim nedeniyle dava kısmen kabul ve kısmen reddedildiği halde, reddedilen miktar yönünden davalı yararına vekalet ücretine

hükmedilmemesi ve yargılama giderlerinin tününün davalıdan tahsil edilme^i-hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir. '

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.01.2011 gününde oybirliği ile karar verildi